دار المنظومة
DAR ALMANDUMAH
الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان: مدى جواز التصالح في عقود الوقف : دراسة في القانون المدني الكويتي
المصدر: مجلة الحقوق
الناشر: جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي
المؤلف الرئيسي: الفزيع، أنور أحمد راشد
المجلد/العدد: مج 32, ع 1
محكمة: نعم
التاريخ الميلادي: 2008
الشهر: مارس
الصفحات: 13 - 47
رقم MD: 76860
نوع المحتوى: بحوث ومقالات
قواعد المعلومات: IslamicInfo
مواضيع: القطاع العام، عقود الوقف، الكويت، القانون المدني، العقود، الأموال العامة، قانون الأحوال الشخصية، الأوقاف، الصلح
رابط: http://search.mandumah.com/Record/76860

© 2018 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

# مدى جواز التصالح في عقود الوقف
# دراسة في القانون المدني الكويتي(*)

الدكتور/ أنور أحمد راشد الفزيع
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

## ملخص:

كان للوقف دوراً بارزاً في النهضة العلمية والاجتماعية في البلاد الإسلامية، ولم يبق مجال من مجالات الحياة إلا وقد دخل الوقف إليها. ولا يزال الوقف في نماء مضطرد في وقتنا الحاضر. والواقع أن النظار يواجهون العديد من المشاكل العملية في إدارة الأموال الموقوفة وخاصة إذا تطلب الأمر استئذان القضاء بما له من ولاية عامة على الأموال الموقوفة. بيد أن القضاء في الوقت الراهن أصبح بطيئاً ومكلفاً لأسباب كثيرة، ولذا قد يكون من مصلحة الوقف أن يتم حسم المنازعات التي يكون طرفاً فيها بطريق الصلح أو التوفيق أو التحكيم خاصةَ إذا كان موضوع هذه المنازعات لا تمس أصل الوقف ووجوده وإنما تتعلق بإدارته أو صيانته، إن هذه الرغبة قد تصطدم بنص المادة (٥٥٣) من القانون المدني والتي تشترط ألا يمس موضوع الصلح إحدى المسائل المتعلقة بالنظام العام، وموضوع هذا البحث هو الإجابة على هذا التساؤل.

## مقدمة:

حظي الوقف باهتمام فقهاء الأمة الإسلامية منذ وقت طويل، وألفت فيه كثير من الكتب المتخصصة لما له من شأن كبير في حياة الأمة الإسلامية ولما

(*) أجيز البحث بتاريخ ٢٦/٥/٢٠٠٧م.

يثيره من إشكالات فقهية. وإذا كان لنا السبق في دراسة سابقة في استجلاء الحماية التي أضفاها القانون المدني على الوقف حفاظاً على وجوده وتنميته وزيادة عطائه(١)، فإنني في هذه الدراسة سوف أتطرق إلى مسألة قانونية وفقهية دقيقة جداً وذات أهمية عملية وليست فرضاً مدرسياً. وهي تتعلق بمدى جواز التصالح في عقود الوقف، وأعني بذلك دراسة العوائق القانونية أو الشرعية التي تمنع ناظر الوقف من إبرام عقد الصلح بمناسبة نيابته عن الوقف، وهل تصمد هذه العوائق أمام الدراسة والتحليل؟ وهل يجوز التصالح في جميع التصرفات القانونية التي يكون الوقف طرفاً فيها أو يختلف الأمر من تصرف إلى آخر؟

والذي دعاني إلى إجراء هذه الدراسة هو النماء المطرد لأموال الوقف وزيادة أنشطة استثماره؛ فلم يعد الوقف مجرد عقار يتم حبس أصله وتوزيع ريعه على المستحقين وإنما تنوعت وتعددت صور الأموال الموقوفة إلى أسهم شركات، وحصص شائعة في أموال عقارية أو منقولة، أو أسهم في صناديق استثمار مالية، وبراءات اختراع وحقوق تأليف، وغيرها كثيرة.

ولا ريب أن ذلك مدعاة لحدوث كثير من الإشكالات القانونية، وإذا كان القضاء هو الحصن الحصين لحماية أموال الوقف من التبديد والضياع أو التعدي عليها باعتباره صاحب الولاية العامة في المنازعات كافة، فإن إخضاع جميع المنازعات التي يكون الوقف طرفاً فيها إلى القضاء قد يكون سبباً في ضياع بعض الحقوق أو تفويت بعض الفرص؛ فلا يقبل مثلاً أن يمنع الناظر من إبرام عقد صلح يتعلق بحقوق إيجار عقار موقوف أو تسوية حقوق عامل أو مقاول إذا توافرت الضمانات التي تكفل للوقف حقوقه.

كما تنبع أهمية هذا البحث أيضاً من بيان مدى جواز اللجوء إلى التحكيم بأنواعه المختلفة باعتباره أحد طرق فض المنازعات بحسبان أنه لا يجوز اللجوء

---

(١) د. أنور أحمد الفزيع، الحماية المدنية للوقف - دراسة في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، يونيو ١٩٩٨، ص ٧٧-١٢٢.

إليه في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها[٢]، ومما لا ريب فيه أن التحكيم يعتبر وسيلة فعالة لفض المنازعات من حيث سرعة البت في القضايا أو حفظ سريتها، وهو ما يتطلبه الوقف في بعض الأحيان خاصة في وقت ازدادت فيه الإجراءات القضائية تعقيداً وازدحم فيه عدد القضايا، فرب صلح أو تحكيم يوفر وقتاً مع تحقيق العدالة أكثر نفعاً للوقف من قضاء يستغرق سنوات عديدة يحرم فيه الوقف منافع كثيرة، فعلى سبيل المثال إذا ثار نزاع بين جهة الوقف وأحد المقاولين بمناسبة تشييد مجمع تجاري، فقد يستغرق هذا النزاع سنوات عديدة لو عُرض على القضاء بدرجاته المختلفة وما يتخلل ذلك من لجوء إلى الخبرة وغيرها، وقد يفوت على الوقف جني ثمار هذا المجمع التجاري، في حين لو تم اللجوء إلى التحكيم فإن ذلك سيكون سبباً في استعجال البت في النزاع توفيراً للوقت والجهد والمال.

وإذ أثبت الواقع العملي أهمية الصلح في كثير من المسائل المالية، فإنه يثار التساؤل التالي: هل هناك عوائق قانونية أو شرعية تمنع إبرامه إذا كان أحد أطرافه جهة أو وقفاً.

نبادر بالإجابة عن هذا التساؤل بالقول: إن هناك ثلاثة عوائق قانونية تتمحور حول ثلاثة أسئلة: – **أولها:** هل يعتبر الوقف ملكاً عاماً للدولة، ومن ثم فإنه لا يجوز التصالح عليه، باعتبار أن الأموال العامة للدولة من المسائل التي تمس أو تدخل في النظام العام؟ **وثانيها:** هل يجوز للناظر التصالح في أموال الوقف أو بعبارة أخرى هل يملك سلطة أو أهلية التصالح وفقاً للقواعد التي تحكم الولاية على أموال الوقف؟ **وثالثها:** ما مدى تعارض ذلك مع نص المادتين ٣٣٧، ٣٣٨ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٥١/٨٤، حيث تقضي المادة ٣٣٧ بما يلي: "على النيابة العامة أن ترفع الدعاوى أو تتدخل فيها وذلك إذا لم

(٢) تنص المادة ٣/١٧٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على ما يأتي: "ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ولا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع".

يتقدم أحد من ذوي الشأن وذلك في كل أمر يمس النظام العام"، كما تقضي المادة ٣٣٨ من القانون ذاته بالتالي: "المراد بالنظام العام في المادة السابقة أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال التالية: أ- الزواج بالمحرمات حرمة مؤبدة أو مؤقتة، ب - إثبات الطلاق البائن، ج - فسخ الزواج، د - الأوقاف والوصايا، هـ- دعاوى النسب، و - الدعاوى الخاصة بفاقدي الأهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين، ويكون للنيابة العامة في هذه الأحوال ما للخصوم من حقوق". فهل سيكون التدخل الوجوبي للنيابة العامة في دعاوى الأوقاف مانعاً من إبرام عقد الصلح الذي يكون أحد أطرافه وقفاً؟

والحقيقة هي أن الأسئلة الثلاثة تقتضي العرض والدراسة على ضوء المادتين ٥٥٣، ٥٥٤ من القانون المدني بحسبان أنهما تقرران أركان عقد الصلح، فالمادة ٥٥٣ تنص على ما يأتي: "يشترط فيمن يعقد صلحاً، أن يكون أهلاً للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح"، أما المادة ٥٥٤ فتنص على ما يلي: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ولكنه يجوز على الحقوق المالية المترتبة عليها".

وبإيجاز شديد يقوم عقد الصلح على ركنين أساسيين؛ **الأول** هو عدم تعلق موضوع الصلح بالنظام العام، **والثاني** أهلية التصالح بالإضافة إلى الأركان العامة للعقود(٣).

مما سبق يتضح أن خطة البحث هي:

١ - **الفصل الأول: الوقف وأموال الدولة العامة.**

٢ - **الفصل الثاني: عقود الوقف ونطاق المادتين ٣٣٧، ٣٣٨، من قانون الأحوال الشخصية.**

٣ - **الفصل الثالث: سلطة الناظر في التصالح بشأن عقود الوقف.**

---

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، الجزء الخامس، المجلد الثاني، رقم ٣٥٤، ص٥٢٢.

# الفصل الأول

# الوقف وأموال الدولة العامة

مما هو معلوم بالضرورة أن أموال الدولة العامة لا يجوز التصالح عليها بحسبان أن المادة ٢٣ من القانون المدني تمنع التصرف فيها أو الحجز عليها، كما لا يعتد بوضع الغير عليها، والأموال العامة هي تلك التي تكون مملوكة للدولة وتخصص للنفع العام بالفعل أو بمقتضى القانون وفقاً لما تقضي به المادة ٢٣ من القانون المدني[٤].

وهنا يتبادر إلى الذهن سؤالان؛ **الأول**: هل يعتبر الوقف مالاً مملوكاً للدولة (المبحث الأول)؟ **والثاني**: هل يعتبر الوقف مخصصاً للنفع العام بفرض أنه مال مملوك للدولة (المبحث الثاني)؟

## المبحث الأول

## مدى اعتبار الوقف مالاً مملوكاً للدولة

**أولاً**: من المؤكد في فقه الشريعة الإسلامية أن المال الموقوف يخرج من ذمة الواقف[٥]، ويسمى ذلك بلزوم الوقف. وقد خرج عن هذا الرأي الإمام أبو حنيفة - رضي الله عنه -، فهو يقول ببقاء المال الموقوف في ذمة صاحبه مع حبس العين ويكون عندها المال الموقوف كالعارية[٦]، لذا يجوز عند أبي حنيفة للواقف بيع المال الموقوف أو رهنه أو هبته أو التصرف فيه إطلاقاً.

---

(٤) د. محمد عبد المحسن المقاطع، النظام القانوني للأموال العامة في الكويت، مجلة الحقوق، السنة الثامنة عشرة، العدد الثالث، سبتمبر ١٩٩٤، ص٢٣٠ وما بعدها؛ محمد أنيس شتا، أملاك الدولة العامة وأملاك الدولة الخاصة، مناط وأهمية التفرقة بينهما، مجلة إدارة الفتوى والتشريع، السنة السابعة، العدد السابع ١٩٨٧، ص١٩ وما بعدها.

(٥) د. زكي الدين شعبان و د. أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف، مكتبة الفلاح، الطبعة الأولى، ١٩٨٤، ص٤٥٦ وما بعدها.

(٦) ابن عابدين، د. المختار، المجلد الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ، ص٣٥٨.

واستدل الإمام أبو حنيفة على رأيه بحديث المصطفى - صلى الله عليه وسلم - الذي أخرجه الدارقطني أنه حينما نزلت سورة النساء قال: "لا حبس عن فرائض الله تعالى" وكذلك الحديث الذي رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن شريح قال: "جاء محمد - صلى الله عليه وسلم - ببيع الحبيس"، وكذلك لما ثبت أن سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال: لولا أني ذكرت صدقتي لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - رددتها(٧)، وما ثبت عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

كما استدل الإمام أبو حنيفة أيضاً على رأيه بالمعقول من حيث إن لزوم الوقف وخروجه من ملك صاحبه غير جائز؛ لأنه سيكون كالسائبة، كما أن للواقف حق الولاية على المال الموقوف وتعيين الناظر عليه فكان شبيهاً بالعارية، وكذلك كون الوقف مستمر الأجر لصاحبه فهو دليل على بقائه في ملك صاحبه وإلا فهو ليس صدقته(٨).

وتجدر الإشارة إلى أن صاحبي أبي حنيفة يفتيان على خلاف ذلك ويقولان بلزوم الوقف وأنه يصبح حبيساً على حكم ملك الله تعالى(٩).

ويقترب فقهاء المذهب المالكي من رأي أبي حنيفة، فهم يقولون: إن الوقف يظل ملكاً للواقف ولا يخرج من ملك صاحبه، ودليلهم في ذلك قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: "حبس الأصل، وسبل الثمر"(٩-١)، إلا أنهم يختلفون مع رأي أبي حنيفة في أنهم يذهبون إلى عدم جواز التصرف بالمال المحبوس وتكون المنفعة ملكاً لازماً للموقوف له(١٠).

---

(٧) مشار إليها في: د. محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨١، ص٧١.

(٨) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، المطبعة الخيرية، ١٣٢٧ هـ، الجزء الثالث، ص١١.

(٩) مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الوقف، دار عمان، عمان ١٩٩٧، ص١٠٦.

(٩-١) السنن الكبرى للبيهقي، بيروت، ١٦٢:٦؛ سنن الإمام الشافعي، بيروت، ٣٠٨.

(١٠) الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، مطبعة مصطفى الحلبي، ١٣٥٦ هـ، ج ٦، ص٢٣١؛ حاشية الدسوقي علم الشرح الكبير، طبعة دار الفكر، بدون تاريخ، الجزء الرابع، ص٧٥؛ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب، طبعة دار الفكر، المجلد السادس، ص١٨.

أما جمهور الفقهاء فيقولون بلزوم الوقف وخروجه من ملك صاحبه، واستدلوا على ذلك بالحديث الوارد في الصحيحين أن سيدنا عمر بن الخطاب أصاب أرضاً بخيبر، فأتى النبي يستأمره فيها، فقال يا رسول الله إني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط هو أنفس عندي منه، فقال إن شئت حبست أصلها وتصرفت بها، وفي رواية، انفرد بها البخاري أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال له: تصدق بأصله، لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمره[١١].

كما استدل الجمهور على رأيهم بما رواه مسلم عن أبي هريرة – رضي الله عنه – أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له" والمراد بالصدقة الجارية لا يتصور إلا أن يكون الوقف، وهو ما يقتضي عدم جواز التصرف فيه حتى يكون الأجر سارياً غير منقطع[١٢].

ويتضح جلياً صحة ما ذهب إليه الجمهور لصريح الروايات التي استندوا إليها، ولأن الوقف صدقة وتصرف في الوقف ذاته، ولا يجوز الرجوع في هذا

---

(١١) د. محمد سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص٣٧ ؛ انظر صحيح البخاري، طبعة دار الفكر، بدون تاريخ، الجزء الثالث، ص١٩٤، ونص الحديث كاملاً كما يلي:- "حدثنا هارون بن الأشعث حدثنا أبو سعيد مولى بني هاشم حدثنا صخر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر – رضي الله عنهما – أن عمر تصدق بمال له على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وكان يقال له ثمغ وكان نخلاً، فقال عمر: يا رسول الله إني استفدت مالاً هو عندي نفيس فأردت أن أتصدق به، فقال النبي – صلى الله عليه وسلم: تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمره، فتصدق به عمر، فصدقته ذلك في سبيل الله وفي الرقاب والمساكين والضيف وابن السبيل لذي القربى ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يوكل صديقه غير متمول به".

(١٢) د. محمد سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص٧٣؛ انظر صحيح مسلم، طبعة دار المعرفة، بدون تاريخ، الجزء الخامس، ص١٣، ونص الحديث كاملاً:- "حدثنا يحيى بن أيوب وقتيبة (يعني ابن سعيد) وابن حجر قالوا حدثنا إسماعيل (هو ابن جعفر) عن العلاء عن أبيه عن أبي هريرة أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له".

التصرف كبقية التصرفات مثل الهبة والبيع والإجارة. فالراجح هو لزوم الوقف وخروجه من ذمة الواقف.

فإذا سلمنا بهذا، فهل معنى ذلك هو أيلولة ملكية الأموال الموقوفة إلى الدولة؟ أم تصبح أموالاً لا مالك لها؟ والصحيح هو عدم جواز صيرورة هذه الأموال "سائبة" لقوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ﴾(١٣)، فلا يتصور أن تكون هذه الأموال بغير مالك، كما لا يتصور أن تكون ملكاً للدولة، وإنما الصحيح هو اكتسابها الشخصية المعنوية، بحيث تصبح هذه الأموال ملكاً لشخص معنوي وعنصراً من عناصر ذمته المالية. وهو ما يؤكده كل من فقهاء القانون(١٤)، والشريعة الإسلامية(١٥)، ولا نريد الخوض في مسألة تمتع الوقف بالشخصية الاعتبارية وفقاً لأحكام القانون المدني، فنحيل في شأنها إلى الدراسات المتخصصة منعاً للخروج عن موضوع البحث(١٦).

**ثانياً:** تنص المادة السادسة من الأمر السامي بأحكام شريعة خاصة بالأوقاف الصادرة في ٥ أبريل ١٩٥١ على ما يلي: "الأوقاف الخيرية أو الأوقاف التي للخيرات فيها نصيب إذا لم يشترط الواقف النظارة عليها لشخص أو جهة معينة تكون النظارة عليها لدائرة الأوقاف العامة. وإن اشترط الواقف النظارة لأحد تشترك الدائرة في النظارة منضمة إلى الناظر المعين من الواقف إن كانت المصلحة تقضي بذلك".

---

(١٣) المائدة / ١٣٠.

(١٤) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الحق، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٠، فقره ٦١٧، ص٥٣٤، د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الحق، ١٩٩٧، رقم ٣١٢، ٣٤٤.

(١٥) د. محمد طموم، الشخصية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثانية، العدد الأول، ١٩٧٨، ص١٤٨، د. مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الثالث، ص٢٦١.

(١٦) د. أنور الفزيع، الحماية المدنية للوقف، دراسة في القانون الكويتي، مجلة الحقوق – يونيه ١٩٩٩، ص٧٧ وما بعدها.

فهذا النص يقرر صراحة أن للدولة أو الجهاز الإداري المختص حق النظارة على الأوقاف الخيرية إما منفردة إذا لم يعين الواقف ناظراً أو نظارة مشتركة مع الناظر المعين من قبل الواقف. فهل تقرير حق النظارة للدولة على الأوقاف في جميع الأحوال يعني أن تكون أموال هذه الأوقاف ملكاً للدولة؟.

إن الإجابة عن هذا السؤال تستلزم الإجابة عن سؤال سابق، وهو ما طبيعة النظارة؟ وما اختصاصات الناظر؟

والحقيقة أن النظارة على أموال الوقف هي نوع من أنواع الولاية؛ حيث يناط بالناظر رعاية الوقف وصيانته وإدارته واستثماره وتوزيع غلته على الموقوف عليهم وفقاً لشروط الواقف[١٧]، ويقول القاضي بدر الدين ابن جماعة: "وهي مفوضة [أي ولاية الوقف] إلى القضاة عند الإطلاق، فإن خص الإمام بها من يصلح لها، وفوضها إليه، صح ذلك، ولزمه القيام بأمورها والنظر في مصالحها، ولا فرق في ذلك بين الأوقاف الخاصة والعامة، لأن الخاصة ستؤول إلى العامة، فإن كان أهل الأوقاف الخاصة قائمين بمصالحها وشروطها أقرهم عليها، وإلا نزعها منهم فوضعها إلى من يقوم بذلك، أو يضم إليهم من يرشدهم لذلك، ويمنعهم ضياعها"[١٨].

ويؤكد الإمام محمد أبو زهرة فيقول: إن ناظر الوقف أمين على ما تحت يده من أموال الوقف فيده يد أمان وليست يد ضمان[١٩]. ويذهب الأحناف إلى أن الناظر ما هو إلا نائب عن الفقراء والمستحقين عند محمد؛ لأنه يقام للنظر على مصالحهم، وهو نائب عمن أقامه عند يوسف[٢٠].

---

(١٧) د. نزيه حماد، نظيرة الولاية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٩٩٤ رقم ٥٥، ص٤٥.

(١٨) تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، قطر، سنة ١٤٠٥ هـ، ص١٣.

(١٩) محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، ١٩٧٢ رقم ٣٢٧، ص٣٩٥.

(٢٠) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، رقم ٣٢٨، ص٣٩٧.

خلاصة القول هي أن المركز القانوني للناظر في مواجهة الأموال الموقوفة أنه نائب سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً كالدولة ولا فرق في ذلك. ولا يتصور أن يكون النائب مالكاً للأموال التي يتولى حفظها وصيانتها.

ونضيف إلى ما سبق أن القانون الكويتي بسط ولاية الدولة على كثير من الأموال الخاصة ولا يستطيع أحد أن يقول: إن هذه الأموال أصبحت أموالاً مملوكة للدولة، ونضرب مثالاً على ذلك الولاية التي فرضها القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٣ في شأن إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر على أموال القصر حيث تقضي المادة الثانية منه بما يلي "تتولى هذه الهيئة:

أ - الوصاية على القصر من الكويتيين الذين لا ولي ولا وصي لهم وعلى الحمل المستكن الذي لا وصي له.

ب - القوامة على ناقصي الأهلية وفاقديها والمفقودين والغائبين من الكويتيين الذين لم تعين المحكمة قيماً لإدارة أموالهم.

ج - الإشراف على تصرفات الأوصياء والقامة الآخرين إذا عهدت إليها المحكمة بذلك.

د - إدارة أموال الأثلاث التي يوصى بها على يدها أو التي تعين عليها."

فمعلوم بالضرورة أن أموال القاصرين وأموال الوصايا هي أموال خاصة ولا يتصور إلا أن تكون كذلك. والغريب أننا نجد تطابقاً في فلسفة الولاية على أموال الوقف مع فلسفة الولاية على أموال القاصرين أو أموال الوصايا من حيث إنه إذا تم تعيين وصي أو ناظر فإن الدولة في جميع الأحوال تكون ناظراً مشتركاً، وهي ضمانة مؤكدة لصيانة هذه الأموال والحفاظ عليها، إذ كثيراً ما تكون هذه الأموال على الرغم من وجود وصي أو ناظر عليها عرضة للعبث أو الضياع.

**ثالثاً:** وقد يقول قائل: إن الأموال الموقوفة تخضع للقانون رقم ١ لسنة ١٩٩٣ بشأن حماية الأموال العامة بحسبان أن المادة الثابتة منه تقرر: "يقصد بالأموال العامة في تطبيق أحكام هذا القانون ما يكون مملوكاً أو خاضعاً بقانون

لإدارة إحدى الجهات الإدارية أياً كان موقع تلك الأموال داخل البلاد أو خارجها".

ويتضح من هذا النص أن المشرع توسع في مد صفة المال العام ليس فقط للأموال المملوكة للدولة وإنما أيضاً للأموال الخاضعة لرقابتها وسيطرتها بحكم القانون ومن هذه الأموال الأوقاف وفقاً لقانون الوقف، ومن هذا المنطلق نتساءل هل يمكن اعتبار أموال الوقف أموالاً عامة أو على الأقل مملوكة للدولة؟

والحقيقة أنه يصعب تكييف أموال الوقف على أنها أموال عامة تأسيساً على نص المادة الثانية من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٣ بشأن حماية الأموال العامة؛ بسبب أن القانون الجنائي له ذاتية خاصة، وكثيراً ما لا تنطبق مفاهيم القانون المدني والقوانين الأخرى مع مفاهيم القانون الجنائي بحسبان أن السياسة الجنائية تقتضي أحياناً التوسع في مفهوم معين استجابةً لضرورات حماية المجتمع والأموال والأشخاص، وهذه الموجبات لا تكون متوافرة في التشريعات الأخرى[٢١].

ونؤكد هذه الذاتية بأمثلة أخرى في القانون الجنائي؛ حيث تقضي المادة ٢٥٩ من قانون الجزاء بتجريم تزوير أوراق البنوك واعتبارها كأنها تزوير في محرر رسمي تصل عقوبته إلى السجن لسبع سنوات في حين أن أوراق البنوك ليست محررات رسمية وإنما هي محررات عرفية، وكان الواجب أن تخضع للمادة ٢٥٨ من قانون الجزاء المتعلقة بتزوير المحررات العرفية، ولكن نظراً لأهمية أوراق البنوك ولما تبعثه في النفوس من ثقة واطمئنان كان لزاماً معاملتها معاملة الأوراق الرسمية، إلا أن هذا النص لا يغير الطبيعة العرفية لأوراق البنوك من حيث قوة إثباتها في المسائل المدنية والتجارية[٢٢].

---

(٢١) د. حمد زيدان نايف العنزي، الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٥، ص٢٥٦.

(٢٢) د. عبد المهين بكر سالم، الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم الخاص، جامعة الكويت، ١٩٧٣، رقم ٢٣٦، ص٤١١.

وفي السياق ذاته تقرر المادة ٤٣ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ أنه يكون موظفاً عاماً كل ممن يأتي:"

أ - الموظفون.

ب - أعضاء مجالس النيابة العامة.

ج - المحكمون والخبراء ووكلاء النيابة والمصفون والحراس القضائيون.

د - كل شخص مكلف بخدمة عامة.

هـ - أعضاء مجالس إدارة ومديرو وموظفو ومستخدمو المؤسسات والشركات والجمعيات والمنظمات والمنشآت إذا كانت الدولة أو إحدى الهيئات العامة تساهم في مالها بنصيب ما بأية صفة كانت."

ومما لا شك فيه أن الكثير من هذه الطوائف المذكورة لا تنطبق عليها صفة الموظف العام وفقاً لقانون الخدمة المدنية أو القانون الإداري، فعلى سبيل المثال لا يمكن اعتبار المحكمين والمصفين والحراس القضائيين موظفين عموميين؛ ذلك أن الموظف العام كل من يساهم في تنفيذ مهام مرفق عام بعد تعيين من قبل سلطة عامة(٢٣).، ولكن المشرع الجنائي رأى خطورة المسؤوليات الملقاة على عاتق أصحاب هذه المهن والوظائف فتوسع في مفهوم الموظف العام حماية للغير(٢٤).

خلاصة القول: إنه لا يمكن التعويل على خضوع أموال الوقف للحماية الجنائية المقررة في القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٣ بشأن حماية الأموال العامة لإضفاء صفة المال العام على أموال الوقف.

---

(٢٣) د. عادل الطبطبائي، قانون الخدمة المدنية الكويتي الجديد، جامعة الكويت، ١٩٨٣ ص٣٢، د. محمد المقاطع و د. أحمد الفارسي، القانون الإداري الكويتي، جـ١، جامعة الكويت، ١٩٩٧، ص١٧٨.

(٢٤) د. عبد المهيمن بكر سالم، مرجع سابق، رقم ١٢، ص٢٤ وما بعدها.

**رابعاً:** قد يتوهم البعض بأن الأموال الموقوفة يمكن اعتبارها أموالاً عامة من خلال إضفاء بعض التشريعات العربية الحماية المقررة للمال العام على أموال الوقف، ومن ذلك التشريع المصري؛ حيث خضعت أموال الوقف الخيري للنظام القانوني لأملاك الدولة الخاصة بمقتضى التعديل الصادر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ بتعديل نص المادة ٩٧٠ من القانون المدني[٢٥]، وعلى المنوال ذاته ذهب المشرع السوري إلى معاملة أموال الوقف العقارية والمنقولة معاملة أموال الدولة وعدم جواز الحجز عليها وفقاً للمرسوم الاشتراكي رقم ٢ الصادر بتاريخ ١٦/١/١٩٧٣ التي تقضي المادة الأولى منه على أن: "تعتبر العقارات الوقفية" أي المدارة من قبل الدوائر الوقفية، التي تدخل وإيراداتها في موازنتها "وأموالها المنقولة في حكم أموال الدولة فلا يمكن حجزها بوجه ما".

كما ذهب المشرع الليبي إلى الاتجاه ذاته حين قرر في المادة الأولى من قانون الوقف رقم ١٢٤ لسنة ١٩٧٢ بعدم جواز التصرف بأموال الوقف.

وإذا ما أمعنا النظر في الاتجاهات التشريعية التي اعتمدها المشرعون العرب في كل من مصر وسوريا وليبيا نجد أن الغرض منها تأكيد الحماية المدنية والجنائية لأموال الوقف من خلال إضفاء الحماية ذاتها المقررة تشريعياً لأموال الدولة سواء العامة أو الخاصة، وهذا يختلف كثيراً عن مسألة تكييف أموال الوقف إذا كانت مملوكة للدولة أم غير مملوكة لها، وقد بينا ذلك عند كلامنا عن التشريع الكويتي الخاص بالحماية الجنائية لأموال الوقف من خلال قانون حماية المال العام.

أما ما ذهب إليه البعض من إضفاء صفة المال العام على أموال الوقف بمجرد أن المشرع أخضعها للحماية ذاتها[٢٦]، فهو قول يجانب الحقيقة والمنطق للأسباب التي بيناها سابقاً.

---

(٢٥) أسامة عثمان، أحكام التصرف في أملاك الدولة العامة والخاصة في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، ١٩٨٧، ص١٠٤.

(٢٦) د. جمعة محمود الزريقي، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية – دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، ليبيا، طرابلس ٢٠٠١، ص٨٤.

# المبحث الثاني
# مدى اعتبار الوقف مالاً مخصصاً للنفع العام

كما أسلفنا سابقاً بأن المال لا يصبح عاماً إلا بتوافر شرطين؛ **الأول**: ملكية الدولة لهذا المال **والثاني**: تخصيص هذا المال للنفع العام وفقاً للمادة ٢٣ من القانون المدني.

وإذ افترضنا أن الأموال الموقوفة ليست ملكاً للدولة في جميع الأحوال وأنها تنتقل من ملكية الواقف إلى ذمة شخص معنوي هو الوقف فإن عدم توافر هذا الشرط وحده يكفي لانتفاء صفة المال العام في الأموال الموقوفة وقد قررت محكمة التمييز الكويتية أن الشارع الذي يقتطع من عقار خاص خدمة لأصحاب العقار أو شاغليه لا يمكن مع مرور الزمن أن يتحول إلى مال عام وإن كان يحقق بالفعل منفعة عامة؛ إذ إن ملكية هذا الشارع ما زالت مقررة لأصحاب العقار(٢٧).

ولكننا فضلنا الخوض في مسألة مدى تخصيص الوقف للنفع العام تأكيداً على انتفاء صفة المال العام عن الأموال الموقوفة.

والتخصيص للمنفعة العامة يكون صادراً من السلطة العامة في الدولة بموجب قانون أو بالفعل(٢٨)، ومما هو معلوم بالضرورة في أن الدولة لا تملك تخصيص الأوقاف لمنفعة عامة؛ إذ إن الناظر والواقف هما اللذان يحددان كيفية استعمال الأموال الموقوفة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية،

---

(٢٧) طعن رقم ١٠٦/٨٥ تجاري جلسة ٥/٣/٨٦، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يونيو ١٩٩٦، رقم ٣، ص٨٢٨، حيث تقول المحكمة: " من المقرر أن الأرض المملوكة للأفراد لا تتحول لتصبح طريقاً عاماً إلا بعد نقل ملكيتها للدولة أولاً ثم تخصيصها بعد ذلك للمنفعة العامة لتكون طريقاً ".

(٢٨) د. محمد المقاطع، النظام القانوني للأموال العامة، مجلة الحقوق، سبتمبر ١٩٩٤ ص٢٢٧.

والأصل هو احترام شروط الواقف حتى إن الفقهاء نصوا على أن شرط الواقف كشرط الشارع[٢٩].

ونزيد على ذلك أيضاً أن المستحقين للوقف قد يكونون أبناء الواقف وذريته إذا كان الوقف ذرياً أو أهلياً، فلا يتصور في مثل هذه الأحوال أن يكون الوقف مالاً عاماً. وتجدر الإشارة إلى أن الوقف الذري مازال معمولاً به في الكويت وفقاً لأحكام الأمر الأميري السامي الصادر في عام ١٩٥١.

وفي المقابل يتصور أن يكون الوقف مخصصاً للنفع العام في بعض الأحوال حينما يقترب من فكرة المرفق العام في القانون الإداري، فعلى سبيل المثال الوقف المخصص لإنشاء مسجد يؤدي إلى تحويل المسجد إلى مرفق عام، إلا أنه يجب التمييز بين الوقف والمسجد في هذه الحالة؛ إذ الوقف شخص معنوي غير مملوك للدولة بينما المسجد مال مخصص للنفع العام، فإذا كانت الكلمة الأخيرة للسلطة العامة في شأن هذا المسجد لناظر الوقف فإنه لا يمكن تكييف المسجد في هذه الحالة على أنه مرفق عام وإلا سنضطر إلى اعتبار المستشفيات الخاصة والمدارس الخاصة كلتيهما مرافق عمومية وهو ما لم يقبل به أحد.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن أرض الجبانة (المقبرة) لا تعتبر ملكاً عاماً ما دامت الدولة لم تقم بإدارتها أو الإنفاق عليها "جرى قضاء هذه المحكمة على أن الأموال التي تصبح من الأموال العامة بمجرد تخصيصها بالفعل لمنفعة عامة هي الأموال التي تكون مملوكة أصلاً للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، وذلك عملاً بالمادة ٩ من القانون المدني القديم والمادة ٨٧ من القانون المدني الحالي، ومن ثم لا تكتسب الأموال الأخرى المملوكة للأفراد أو الأوقاف صفة الأموال العامة بمجرد تخصيصها بالفعل للمنفعة العامة إلا إذا كانت قد انتقلت إلى ملكية الدولة بإحدى طرق كسب الملكية المنصوص عليها

---

(٢٩) د. عيسى زكي، موجز أحكام الوقف، مجلة أوقاف، العدد التجريبي، نوفمبر ٢٠٠٠، ص١٧.

في القانون المدني ثم خصصت بعد ذلك للمنفعة العامة أو كانت من المحالّ المخصصة للعبادة أو الإحسان بشروط قيام الحكومة بإدارتها أو بصرف ما يلزم بصيانتها، لما كان ذلك وكانت الدولة لم تتخذ ما يلزم بصيانتها، ولم تتخذ بصدد الأرض محل الدعوى إجراءات نزع الملكية، كما لم تكشف مدونات الحكم عن أنها قد تولت إدارة الجبانة التي كانت مقامة فوقها أو الإنفاق عليها، فإن هذه الأرض يزول تخصيصها للمنفعة العامة بانتفاء استعمالها بالفعل مقبرة لدفن موتى طائفة الأقباط الأرثوذكس ونقل الرفات منها واندثار معالمها وآثارها تعود إلى عداد الأملاك الخاصة وإلى ملكية وقف الكنيسة الذي كانت تتبع أصلاً، متى كان الثابت أن ملكيتها لم تكن قد انتقلت إلى ملكية الدولة الخاصة ويكون الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث السبب الآخر المنطقي[(٣٠)] ".

كما ذهبت إحدى دوائر التحكيم القضائي في الكويت بتاريخ ١٨/٦/ ٢٠٠١ إلى: "وحيث إنه عن الدفع بعدم اختصاص الهيئة بنظر النزاع على سند مما قالته المحتكم ضدها من أن العقد موضوع النزاع هو عقد إداري، فلما كان المقرر قانوناً أنه لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً وإنما يجب أن يتعاقد هذا الشخص بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما يتضمن من شروط استثنائية بالنسبة لروابط القانون الخاص. ولما كان الثابت بالأوراق من تقرير الخبرة المودع في طلب التحكيم أن مبنى مجمع الأوقاف مشتغل كمبنى استثماري وتجاري ولم يثبت للهيئة خلاف ذلك ولم تدع المحتكم ضدها أنها تستغل المبنى المذكور كمرفق عام تقدم من خلاله خدمة عامة للجمهور وتشبع

---

(٣٠) نقض ١٩/١١/١٩٨١، الطعن ١٣٧٢ لسنة ٤٧ ق، المدونة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ٢/٢، الطبعة الأولى، ١٩٩٤، إصدار مركز حسني للدراسات القانونية، ص١٩٢٨، رقم ٢٥٢٨.

حاجاتهم، ومتى تخلف أهم شرط من الشروط التي تميز العقد الإداري من غيره من العقود – وهو اتصاله بنشاط المرفق العام بقصد تسييره أو تنظيمه – لا يكون عقداً إدارياً بمفهوم القانون للعقود الإدارية التي تختص بها الدائرة الإدارية وحدها دون غيرها وإنما عقد من عقود القانون الخاص تختص هيئة التحكيم بنظر المنازعة المتعلقة به ومن ثم يتعين رفض هذا الدفع"[٣١].

ومن المؤكد أن عدم ملكية الدولة للمال يكفي بذاته لنفي صفة المال العام أو الخاص للدولة عن الأموال الموقوفة، وما ذهب إليه الحكمان السابقان هو من قبل التزيد المحمود، ولكنه قد يوقع البعض في لبس إذا تبين أن الوقف هو مسجد للعبادة أو مدرسة أو مستشفى، فهذه بطبيعتها مرافق تقدم خدمة عامة، فهل تعتبر هذه الأموال أموالاً عامة؟.

والحقيقة أن منشأ اللبس يبدأ من البحث عمّا إذا كانت الأموال الموقوفة تقدم خدمة عامة دون الخوض بشكل مفصل في طبيعة التصرف القانوني المنشئ للمسجد أو المقبرة أو المستشفى أو المدرسة، فكثيراً ما يكون التصرف هبة وليس وقفاً، وذلك أن طبيعة الوقف تستلزم أن تكون الأعيان الموقوفة لها ثمرة تنفق على المصارف التي حددها الواقف، فإذا تبين أن هذه الأعيان المتبرع بها ليست لها ثمرة فيصعب القول بأنها وقف وإنما هبة وصدقة جارية تنتقل بموجب ذلك ملكية الأعيان من الواهب إلى الدولة التي تقوم بعد ذلك برعاية المسجد أو المقبرة أو المستشفى أو المدرسة، عندها يمكن الحديث عن مرفق عام، أما قبل ذلك فإنه من الصعوبة بمكان القول بأن الأوقاف أموال عامة بمجرد تقديمها لخدمة عامة وهذا ما أوقع بعض الباحثين في خلط بين الوقف والهبة[٣٢]، ولا أهمية بعد ذلك إذا كانت هذه الأعيان تدار من قبل الدولة أم من قبل المتبرعين مادام التصرف القانوني المنشئ لها هو هبة (صدقة جارية)

---

(٣١) هيئة التحكيم القضائي الثانية في طلب التحكيم رقم ٩٩/١٤ (حكم غير منشور ملحق رقم (١).

(٣٢) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، حماية المال العام، دار النهضة العربية ١٩٨٧، ص٧٢ وما بعدها.

وليس وقفاً، وما نذهب إليه يخالف ما ذهب إليه بعض الفقه(٣٣). ولكن من المتصور أن يكون المسجد أو المدرسة أو المقبرة أو المستشفى من الجهات الموقوفة عليها؛ بمعنى أن يكون الوقف أعياناً أخرى لها ثمرة تنفق على هذه المرافق.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه يميز بين الوقف الأهلي والوقف الخيري بالقول: إن الأول مقصور على ذرية الواقف ومن ثم فإنه لا يقدم خدمة عامة للجمهور ومن هنا فهو لا يمكن أن يكون مرفقاً عاماً، في حين أن الثاني يقدم خدمة عامة للجمهور وهم الفقراء أو طلبة العلم أو المرضى أو غيرهم، وعليه يتصور أن تكون الأموال الموقوفة أموالاً عامة(٣٤). والحقيقة أن هذا القول لا يرتكز على أساس منطقي سليم؛ فالأموال الموقوفة – سواء أكان المستحقون هم ذرية الواقف كما هو الشأن في الوقف الأهلي أم لطائفة غير محددة كما هو الشأن في الوقف الخيري – تخرج جميعها من ملكية الواقف إلى ملكية شخص معنوي ليس هو الواقف وليس أيضاً الدولة، ومن ثم فإنه لا يجوز القول بأن الأوقاف الخيرية تتحول إلى مرافق عامة. والأهم من ذلك هو أن معيار المنفعة العامة لا يتوافر في جميع أحوال الأوقاف الخيرية التي عادة ما يكون أصلها عقاراً أو ودائع تحبس ويوزع ثمرها، فتكييف أموال الوقف يجب أن يستند إلى الأصل وليس إلى المستفيدين من الثمرة.

---

(٣٣) د. محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، ١٩٥٤، ص١٦٥ وما بعدها.

(٣٤) د. جمعة محمود الزريقي، مرجع سابق، ص٨٦.

# الفصل الثاني
# عقود الوقف ونطاق المادتين ٣٣٧، ٣٣٨
# من قانون الأحوال الشخصية

إذا كنا قد حسمنا بشكل قاطع ملكية الأموال الموقوفة، وبينا أنها ليست أموالاً عامة وليست أموالاً خاصة للدولة وإنما هي أموال خاصة مملوكة لشخص معنوي هو الوقف ذاته، فإنه بالمقابل تثار مشكلة أخرى متعلقة بالمادتين ٣٣٧، ٣٣٨ من قانون الأحوال الشخصية.

فالمادة ٣٣٧ تنص على أن:- "على النيابة العامة أن ترفع الدعاوى أو تتدخل فيها إذا لم يتقدم ذوو الشأن، وذلك في كل أمر يمس النظام العام"، أما المادة ٣٣٨ فتقضي بأن: "المراد بالنظام العام في المادة السابقة - أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الآتية:-

أ - الزواج بالمحرمات حرمة مؤبدة أو مؤقتة.

ب - إثبات الطلاق البائن.

ج - فسخ الزواج.

د - الدعاوى الخاصة بفاقدي الأهلية ناقصيها والغائبين والمفقودين.

ويكون للنيابة في هذه الأحوال ما للخصوم من حقوق".

ولما كان صريح المادة ٣٣٨ من قانون الأحوال الشخصية قد اعتبر مسائل الأوقاف والوصايا الخيرية من المسائل التي تمس النظام العام، فإنه لا مناص من حظر التصالح في شأنها عملاً بحكم المادة ٥٥٤ من القانون المدني، التي تقرر عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام مع جواز التصالح في الحقوق المالية المترتبة عليها.

بيد أن قراءتنا الأولى لنص المادة ٣٣٨ من قانون الأحوال الشخصية لا تكفي لإطلاق حكم عام في مسألة التصالح في عقود الوقف؛ ذلك أن النص

المذكور لم يحدد بشكل واضح نطاق تطبيق المادة ٣٣٨/د، ومن ثم لم يحدد المسائل التي يجب أن تتدخل بها النيابة العامة.

والملاحظ أيضاً أن المشرع حدد الحالات التي تمس النظام العام في مسائل الزواج؛ إذ حصرها في مسألة الزواج بالمحرمات وإثبات الطلاق البائن وفسخ عقد الزواج، وكذا بالنسبة لآثار الزواج؛ إذ حددها بدعاوى النسب وتصحيح الأسماء، ويفهم من ذلك أن تدخل النيابة العامة غير واجب في غيرها من المسائل كالنفقة والحضانة وغيرها.

وفي المقابل أطلق المشرع في نص المادة ٣٣٨/د مسائل الأوقاف والوصايا الخيرية بدون تحديد نطاقها الموضوعي، وهو ما يعيب النص ولا يتصور عقلاً أن يكون قصد المشرع تقرير أن جميع مسائل الأوقاف والوصايا الخيرية من النظام العام بما يستلزم تدخل النيابة في جميعها دون تمييز، فالواقع العملي يخالف ذلك.

ونعتقد أن نص المادة ٣٣٨/د نص استثنائي لا يجوز التوسع في تفسيره؛ إذ الأصل هو حرية التقاضي، كما أن مسائل الوقف ليست جميعها على درجة واحدة من الأهمية، فبعضها يتصل بالنظام العام دون أدنى شك، كما هو الشأن بالنسبة للولاية على المال الموقوف وتحديد المستحقين واستبدال وقف، في حين أن بعضها لا يتعلق بالنظام العام، كما هو الحال بالنسبة لعقد تأجير عقار موقوف أو صيانته، أو بالنسبة لعقود العاملين في إدارة المال الموقوف.

ومن هذا المنطلق اتجه القضاءان الكويتي والمصري - على ما سنرى - إلى التمييز بين طائفتين من التصرفات: **الأولى** تلك التي تمس أصل الوقف، ومن ثم فإنها تتعلق بالنظام العام ويتطلب بشأنها تدخل النيابة العامة، **والثانية** تلك التي لا تمس أصل الوقف ومن ثم لا تتعلق بالنظام العام ولا يتطلب بشأنها تبعاً لذلك تدخل النيابة العامة.

- وعلى هذا الأساس سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

١ - دخول التصرفات التي تمس أصل الوقف في نطاق المادتين ٣٣٧، ٣٣٨ من قانون الأحوال الشخصية.

٢ - خروج التصرفات التي لا تمس أصل الوقف عن نطاق المادتين ٣٣٧، ٣٣٨ من قانون الأحوال الشخصية.

## المبحث الأول
## دخول التصرفات التي تمس أصل الوقف في نطاق المادتين ٣٣٧، ٣٣٨ من قانون الأحوال الشخصية

أول ما يتبادر إلى الذهن في هذا الصدد هو تحديد المقصود بأصل الوقف، فالإجابة عن هذا السؤال تسهل علينا معرفة المسائل المتعلقة بالنظام العام وما يترتب على ذلك من نتائج.

وقد تصدت محكمة التمييز الكويتية لهذا السؤال بشكل صريح حيث تقول "لما كان ذلك، وكانت الدعوى الراهنة في خصوص الطلب الثاني (صحة ونفاذ الوقف) من دعاوى الأوقاف الخيرية والنزاع فيها متعلق بأصل الوقف ونشأته ونطاقه وصحته ونفاذه، فإنها بذلك تكون من الدعاوى التي ينص القانون على وجوب تدخل النيابة فيها ....."(٣٥).

وعليه فإن المنازعات المتعلقة في أصل الوقف سواء أكانت في صحة الوقف أم نفاذه أم تعيين المستحقين أم استبداله أم الاستدانة عليه أم تعيين الناظر أم محاسبته، فكل النزاعات المتعلقة بهذه المسائل تتعلق بالنظام العام ومن ثم فإنه لا يجوز التصالح بشأنها.

فلا يجوز مثلاً التصالح بين الناظر والمستحقين إذا نشأ نزاع فيما بينهم حول تحديد المستحقين أو تقرير حقوقهم، كما لا يجوز التصالح بين ورثة

(٣٥) جلسة ١٣/٢/١٩٨٩، طعن ٨٧/١٦ أحوال، مجلة القضاء والقانون، سبتمبر ١٩٩٥، ص٥١٦.

الواقف والمستحقين في شأن إنشاء الوقف واستمراره، ولا يجوز التصالح بين الناظر المعين من الواقف ووزارة الأوقاف باعتبارها ناظراً عاماً على جميع الأوقاف في المسائل الخاصة بمسؤولية الناظر.

وبالاطلاع على هذه المسائل ودراستها دراسة جيدة نجد أنها جميعاً من اختصاص القضاء الشرعي أو دوائر الأحوال الشخصية، لذا يمكننا أن نقول: إن مسائل الوقف التي يختص القضاء الشرعي أو دوائر الأحوال الشخصية بشأنها تمس أصل الوقف من حيث وجوده والولاية عليه وتحديد المستحقين. وعلى خلاف ذلك، كل ما لا يدخل في اختصاص القضاء الشرعي أو دوائر الأحوال الشخصية لا يمس أصل الوقف ومن ثم لا يتعلق بالنظام العام ويمكن التصالح بشأنه.

## المبحث الثاني
## خروج التصرفات التي لا تمس أصل الوقف عن نطاق المادتين ٣٣٧، ٣٣٨ من قانون الأحوال الشخصية

أما التصرفات التي يكون موضوعها إدارة الوقف وصيانته والحفاظ عليه والوفاء بالالتزامات المقررة عليه فإنها لا تعتبر من أصل الوقف، ومن ثم فإنها لا تتصل بالنظام العام، ومن هنا فإنه يجوز التصالح بشأنها.

**- وأدلتها على ذلك كثيرة، منها:**

أولاً: أن القضاءين الكويتي والمصري قد استقرا في مبادئهما على التمييز بين هذين النوعين من التصرفات، فاعتبرا التصرفات التي تتصل بأصل الوقف من النظام العام، ومن ثم فإن تدخل النيابة العامة وجوبي في شأنها في حين أن التصرفات التي لا تتصل بأصل الوقف لا تعتبر من النظام العام.

وإذا كنا قد أشرنا قبل قليل إلى حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ٧٨/١٦، فإن القضاء المصري مطرد على تأكيد هذا المبدأ، ونذكر على سبيل المثال الأحكام الآتية:

١ – "لما كان مناط وجوب تدخل النيابة العامة عند نظر المسائل المتعلقة بالوقف – وفقاً لنص المادة الأولى من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون النزاع متعلقاً بأصل الوقف أو إنشائه أو توافر أحد أركانه التي لا يتحقق إلا بها: شخص المستحق به أو تفسير شروطه أو الولاية عليه، وكان النزاع موضوع الدعوى يتعلق بملكية جهة الوقف للعقار المبيع ولا يتعلق بمسألة من المسائل المشار إليها، فإن تدخل النيابة العامة في هذا النزاع لا يكون واجباً ويكون النعي بهذا السبب على غير أساس"(٣٦).

٢ – "لئن كان النص في المادة الأولى من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ببعض الإجراءات في قضايا الأحوال الشخصية والوقف على أنه "يجوز للنيابة العامة أن تتدخل في قضايا الأحوال الشخصية التي تختص بها المحاكم الجزائية، وعليها أن تتدخل في كل قضية أخرى تتعلق بالأحوال الشخصية أو بالوقف وإلا كان الحكم باطلاً ......." مفاده وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه يتعين على النيابة العامة أن تتدخل في الدعوى متى ثار النزاع فيها حول أصل الوقف أو إنشائه أو توافر أركانه أو شخص المستحق به أو تفسير شروطه أو الولاية عليه مما كان الاختصاص بنظره للمحاكم الشرعية وأصبح للمحاكم المدنية عملاً بالقانون رقم ٦٤٢ لسنة ١٩٥٥ وأن يترتب على عدم تدخلها بطلان الحكم الصادر في الدعوى، إلا أنه لما كان الواقع في الدعوى أن الطاعنين بما لهما من ولاية على جهات الوقف الخيري أقاماها للحكم بتثبيت ملكيتهما لعقاري النزاع باعتبارهما تابعين لوقف عن الوارث محمد الزيني الخيري وأن منازعة المطعون عليه انصبت على ملكيته لهذين العقارين دون جهة الوقف وهي منازعة لا تتعلق بأصل الوقف أو بسائر مسائله التي كان الاختصاص بنظرها منعقداً للمحاكم الشرعية قبل إلغائها،

---

(٣٦) نقض مدني ٢٢/٣/١٩٨٨ – الطعن رقم ٢٢٩٣ لسنة ٥١ ق المدونة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، ٤/٣ الطبعة الأولى، ١٩٩٤، إصدار مركز حسني للدراسات القانونية، ص٢١١٤، رقم ٢١٦١.

فإن تدخل النيابة العامة في الدعوى يكون غير لازم ويضحي النص على الحكم المطعون فيه بالبطلان وصدوره دون حصول هذا التدخل على غير أساس "(٣٧).

٣ - "لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تدخل النيابة العامة وجوباً في المسائل المتعلقة بالوقف أهلياً كان أم خيرياً طبقاً للمادة الأولى من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ مرهون بأن يكون النزاع متعلقاً بإنشاء الوقف أو الاستحقاقية أو بسائر مسائله مما كان الاختصاص بنظرها للمحاكم الشرعية قبل إلغائها بالقانون رقم ٤٦٦ لسنة ١٩٥٥، وكان الثابت بالأوراق أن منازعة المطعون عليها الثانية تقوم على تبعية أعيان النزاع وهي مسألة لا تتعلق بأصل الوقف ولا بسائر مسائله المشار إليها، فإن تدخل النيابة العامة في الدعوى لا يكون وجوبياً ويكون النعي على الحكم بالبطلان لعدم حصول هذا التدخل على غير أساس"(٣٨).

من جماع ما سبق الإشارة إليه من أحكام قضائية يستنتج أن تدخل النيابة الوجوبي خاص فقط بالمسائل المتعلقة بإنشاء الوقف والاستحقاق فيه والولاية عليه والمسائل الخاضعة للقضاء الشرعي بما يعني خروج المسائل الأخرى من نطاق المادتين ٣٣٧، ٣٣٨ من قانون الأحوال الشخصية مثل منازعات الإيجار والعمل والمنازعات المدنية والتجارية؛ الأمر الذي يعني عدم تعلق هذه المنازعات بالنظام العام.

وهذا ما يعمل به في واقع المحاكم اليوم؛ إذ المنازعات التي يكون الوقف طرفاً فيها - في غير المسائل المتعلقة بإنشائه والاستحقاق فيه والولاية عليه -

(٣٧) نقض ١٩٨٣/٦/٧ - الطعن ٣٦٥ لسنة ٤٩ ق، المدونة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ١٢/٢١ مرجع سابق، ص١٩٣٤، رقم ٢٥٣٨.

(٣٨) نقض ١٩٨٣/٦/٢٨ - الطعن ١٩٤٠ لسنة ٤٩ ق، المجموعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ٢٢/٢٠، مرجع سابق، ص١٩٣٥، رقم ٢٥٣٨.

لا تتطلب تدخل النيابة العامة، فالمحاكم تنظر سنوياً مئات بل آلاف القضايا الإيجارية والعمالية والمدنية التي يكون الوقف طرفاً فيها ولم يقل أحد بضرورة تدخل النيابة العامة.

بل إن محكمة النقض المصرية ذهبت إلى أبعد من ذلك حين تقريرها أن تدخل النيابة العامة غير مطلوب حين نظر نزاع يتعلق بملكية وقف معين لأعيان معينة، وهذا فهم دقيق لماهية الوقف؛ إذ يجب التمييز بين الوقف باعتباره شخصاً معنوياً وبين ما يملكه هذا الوقف من أعيان، فالمسائل المتعلقة بالوقف باعتباره شخصاً معنوياً يتطلب تدخل النيابة العامة أما المنازعات التي تقوم بين الوقف والغير حول ملكية عقار معين أو عين معينة فلا تتعلق بأصل الوقف.

ثانياً: أن التفسير الدقيق لنص المادة ٣٣٨ من قانون الأحوال الشخصية يؤدي إلى النتيجة ذاتها، ذلك أن مطلع نصها يقضي بأن: "المراد بالنظام العام في المادة السابقة أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الآتية ......".

إن القراءة المتأنية لهذا النص تؤدي إلى أن تدخل النيابة العامة الوجوبي يستلزم توافر شرطين:

١ - أن تكون المسألة من المسائل التي يطبق في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا الشرط لا ينطبق بمناسبة الوقف إلا بالنسبة للمسائل التي أشارت إليها الأحكام القضائية السابقة، وهي محصورة بإنشاء الوقف والولاية عليه والاستحقاق فيه ومسائل أخرى، أما المسائل التي لا يطبق في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية كما هو الشأن في تشريعات العمل والإيجار وغيرها فتخرج من إطار المادة ٣٣٨.

٢ - والشرط الثاني أن تكون المسألة من المسائل المذكورة حصرياً في المادة ٣٣٨، وهنا يجب تفسير هذا النص تفسيراً ضيقاً بحسبان أنه نص استثنائي، وكما هو معلوم أن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره. ولما كانت الفقرة (د) من المادة ٣٣٨ نصت على "الأوقاف والوصايا الخيرية" دون تحديد للمسائل التي تخضع لنص المادة ٣٣٨ فإنه

لا يجوز القول: إن جميع المسائل التي يكون الوقف طرفاً فيها تعتبر من النظام العام، وإنما يفسر هذا النص على المسائل التي تتعلق بالأحكام الشرعية ذات الصلة بإنشاء الوقف والولاية عليه والمسائل الأخرى التي ينظمها قانون الوقف، وهو الأمر السامي بتطبيق أحكام شرعية خاصة بالأوقاف دون غيرها من المسائل التي تخضع لتشريعات أخرى كالقانون المدني أو قانون التسجيل العقاري أو قانون العمل أو قانون التأمينات الاجتماعية أو قانون الإيجار أو غيرها من تشريعات، وهذا التفسير تؤكده أحكام المحاكم والمنطق السليم وقواعد التفسير.

# الفصل الثالث
# سلطة الناظر في التصالح
# بشأن عقود الوقف

تقرر المادة ٥٥٣ من القانون المدني أنه يشترط فيمن يعقد صلحاً أن يكون أهلاً للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح، فمناط الحق في التصالح هو سلطة الناظر في التصرف في الحقوق محل عقد الصلح.

وهنا يجب التمييز بين أهلية التصالح وسلطة التصالح[٣٩]، فناظر الوقف يملك أهلية التصالح عن ذاته باعتباره شخصاً كامل الأهلية ويستطيع التصرف بعوض وبغير عوض في أمواله الخاصة وأما مسألة مدى جواز تصالحه مع الغير في شأن أموال الوقف الخاصة لنظارته فتتصل بسلطته في إبرام هذا التصرف باعتبار أن الوقف شخص معنوي له ذمة مالية مستقلة.

وباعتبار الناظر نائباً عن الوقف فإنه لابد من النظر إلى سلطته في التصالح من خلال السند المنشئ للوقف أو المنشئ للنظارة، فإذا صرح الواقف أو الحكم القضائي الذي عين الواقف بحق الناظر في التصالح فإنه لا يمكن إلا إعمال أثر شرط الواقف أو الحكم القضائي الذي عينه ناظراً وحدد سلطاته[٤٠].

بيد أن الغالب في مسائل النظارة عدم حصر سلطات الناظر في تصرفات معينة، ومن ثم فإن الأمر يستلزم الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي لبيان إذا ما كان الناظر يملك سلطة التصالح في عقود الوقف عند خلو السند الذي عينه من تحديد حدود صلاحياته.

---

(٣٩) Jacques de Gavre, le contrat de transaction, Bruxelles. Bruylant 1967. no98, p. 143

(٤٠) الإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤، الجزء السادس، ص٣٢٩.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز للناظر التصالح في المسائل التي تتعلق بأصل الوقف، كما أسلفنا عند دراستنا لنطاق تطبيق المادتين ٣٣٧، ٣٣٨ من قانون الأحوال الشخصية، باعتبار أن التصرفات التي تدخل في نطاق هاتين المادتين تتعلق بالنظام العام ومن ثم، فلابد من موافقة القضاء صاحب الولاية العامة على الأموال الموقوفة.

وبناء عليه، فإن سلطة الناظر تنحسر عن التصرفات التي تتصل بأصل الوقف، وهي التصرفات التي تمس نشأة الوقف والولاية عليه وتحديد المستحقين، فهل يفهم من ذلك إعطاء الناظر سلطة التصالح في المسائل التي لا تمس أصل الوقف؟

وهنا نقرر أن توافر هذا الشرط لا يكفي وحده لبيان مدى سلطته في التصرف في الحقوق التي يشملها الصلح نزولاً على حكم المادة ٥٥٣ من القانون المدني.

فإذا كان الأصل العام في الأموال الموقوفة هو عدم جواز التصرف فيها تصرفاً ناقلاً للملكية كالبيع أو الهبة إلا بناءً على موافقة القاضي المختص(٤١)، فإن بحث سلطة الناظر في التصالح بمناسبة عقود الوقف يقتضي التمييز بين التصالح في المسائل التي تمس أعيان الوقف (المبحث الأول) والتصالح في المسائل التي لا تمس أعيان الوقف (المبحث الثاني).

## المبحث الأول
## سلطة الناظر في التصالح في المسائل التي تمس أعيان الوقف

معلوم بالضرورة أن الناظر لا يملك التصرف في أعيان الوقف لا بالبيع ولا بالهبة ولا بغيرها من التصرفات الناقلة للملكية أو التصرف الذي يمكن أن يؤدي إلى نقل الملكية كالرهن أو التصرف الذي ينشئ عبئاً عينياً على الملكية كالانتفاع والإنفاق أو غيرها، وهذا مؤكد بحديث المصطفى – صلى الله عليه وسلم – لسيدنا

(٤١) د. جمعة محمود الزريقي، مرجع سابق، ص٤٥.

عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – عندما سأله عن مال استفاده ويريد التصدق به، فقال له: "تصدق بأصله، لا يباع ولا يوهب ولا يورث، ولكن ينفق ثمره"(٤٢).

وتأسيساً على مبدأ عدم قابلية الوقف للتصرف قضت محكمة التمييز ببطلان عقد الرهن الرسمي على عقار موقوف بقولها: "ومن ثم لا يجوز لمنفذ الوصية رهن العقارات الموصى بها ضماناً لدين في ذمة ورثة الموصي أو غيرهم وإن فعل ذلك كان رهنه باطلاً؛ ذلك أن الفقرة الثانية من المادة (٩٧٦) من القانون المدني تجعل رهن العقار الذي لا يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني – ومنه العقار الموقوف – باطلاً؟"(٤٣).

وبناء عليه، فإن التصرف الذي يمس أعيان الوقف بما يؤثر على وجوده أو اجتزاء جزء منه يقتضي أن يصدر بشأنه حكم قضائي باعتبار أن القضاء هو صاحب الولاية العامة على الأموال الموقوفة، فلا يجوز للناظر أن يتصالح مع من يدعي ملكية مال موقوف، وقد قضى بأنه لا يقبل إقرار الناظر على الوقف(٤٤)، وإذا حصل فإن إقراره باطل، فعلى المدعي أن يقدم البينة على ما يدعيه وإلا رفض القاضي دعواه، وكذلك لا يجوز أن يوجه المدعي اليمين للناظر لأنه لو فعل فإن نكوله إقرار(٤٥).

الخلاصة: إن الناظر لا يستطيع أن يتصالح على أعيان الوقف بحسبان أنه لا يستطيع التصرف بها.

---

(٤٢) السنن الكبرى للبيهقي، ج ٦، ص١٥٩، ١٦٠.

(٤٣) طعن ٩٣/١٢/١٩ تجاري جلسة ١٩٩٣/١٢/٢٦، مجلة القضاء والقانون، السنة ٢١، الجزء ٢، ص٢٦٨ وما بعدها، وفي هذا الحكم كان موضوع البحث هو مدى جواز رهن عقار يقع ضمن ثلث تركة الموصي لعمل الخيرات، حيث كيفت المحكمة أموال الوصية الخيرية على أنها تأخذ حكم الوقف (ملحق رقم ٢).

(٤٤) استئناف الإسكندرية، ١٩١٢/٤/١٧، النشرة ٢٤، ٢٨١، مشار إليه في د. فادي سليم حريز، الوقف – دراسات وأبحاث الجامعة اللبنانية، بيروت ١٩٨٤، رقم ١٧٦، ص١٦١.

(٤٥) أحمد إبراهيم بك، أحكام الوقف والميراث، القاهرة، ١٩٣٨، الطبعة الثانية، ص١١٩.

# المبحث الثاني
# سلطة الناظر في التصالح في المسائل التي لا تمس أعيان الوقف

وهنا بيت القصيد، فكثيراً ما تثار مشكلات عملية أمام ناظر الوقف بحسبانه مكلفاً بإدارته، وهذه المشكلات مصدرها الالتزامات المتولدة عن عقود الإيجار أو عقود العمل أو عقود الصيانة أو عقود المقاولات وغيرها من العقود التي يمارسها الناظر لتنفيذ واجباته الخاصة بإعمار الوقف وصيانته والمحافظة عليه.

فلو فرضنا أن هناك خلافاً بين الناظر وأحد المستأجرين لعقار موقوف على بدء العلاقة الإيجارية أو مقدار الأجرة، فهل يملك الناظر التصالح مع المستأجر؟

ولو فرضنا أن هناك نزاعاً بين الناظر وأحد العاملين في الوقف من حيث حقوقه العمالية التي تشمل الأجر ومكافأة نهاية الخدمة وغيرها، فهل يملك الناظر التصالح مع العامل بعد الانتهاء من عقد العمل، بحسبان أن العامل لا يستطيع التصالح على حقوقه في أثناء سريان عقد العمل؟

ولو فرضنا أن المال الموقوف تسبب في إلحاق الضرر بالغير كسقوط أحد حوائط العقار الموقوف على سيارة أحد الجيران، فهل يملك الناظر التصالح مع المضرور؟

ولو فرضنا أن مقاولاً كلف تشييد بناء من ريع المال الموقوف أو بصيانة عقار معين، ثم تقدم المقاول بمجموعة مطالبات مالية إلى الناظر لوجود أوامر تغييرية أو أن الكميات المستخدمة في تنفيذ العقد تفوق كثيراً التقديرات الهندسية. فهل يجوز للناظر التصالح مع المقاول؟

هذه الأسئلة وغيرها تحتاج إلى إجابة ناجعة، ذلك أن الصلح يحقق العديد من المزايا للوقف نذكر منها:

١ - الحصول على تنازل المتعاقد الآخر أو صاحب الحق عن جزء من حقه.

٢ - توفير المال من حيث عدم الحاجة إلى دفع أتعاب المحامين أو الخبراء أو المحكمين أو غيرهم.

٣ - توفير الوقت.

٤ - سهولة إدارة الأموال الموقوفة.

**أولاً:** الحقيقة أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يحددوا وظائف الناظر بشكل حصري[٤٦]، إلا أنهم وضعوا ضابطاً عاماً، وهو أن يتحرى الناظر في تصرفاته مصلحة الوقف[٤٧]، وقد صرح العلامة عبد الوهاب خلاف بما يلي: "والضابط لما يجوز للناظر من التصرفات أنه يجوز له كل تصرف جعل الواقف له مباشرته، وكل تصرف اقتضاه استغلال العين المعدة للاستغلال، وكل تصرف فيه مصلحة للوقف والموقوف عليهم"[٤٨] ويضيف بأنه: "لا يجوز لناظر الوقف أن يتصرف تصرفاً يؤدي إلى ضياع أي عين من أعيان الوقف أو أي شيء من ريعه أو حق من حقوقه، ولا يجوز أن يتصرف تصرفاً فيه تهمة له أو خروج عن غرض الوقف"[٤٩].

والحقيقة أن فقهاء الشريعة الإسلامية ذكروا أمثلة لوظائف الناظر كعمارة الوقف والدفاع عن حقوقه والحفاظ عليها وأداء حقوق المستحقين وديونه وتحصيل الغلة والاجتهاد في تنميتها.[٥٠]

---

(٤٦) د. محمد عتيقي والشيخ عز الدين توني والأستاذ خالد سعيد، المصطلحات الوقفية، مكتب الأوقاف، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص٢٣٨.

(٤٧) برهان الدين إبراهيم بن موسى الطرابلسي الحنفي، الإسعاف في أحكام الأوقاف، دار الرائد العربي، بيروت، ١٩٨١، ص٥٣.

(٤٨) عبد الوهاب خلاف، أحكام الوقف - الطبعة الأولى ١٩٤٦، ص٢٢٥.

(٤٩) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص٢٢٦.

(٥٠) محمد عبد السلام مد الطي، حكم الأموال الموقوفة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، بدون تاريخ، ص٥٣٢ وما بعدها، د. حسن عبد الله الأمين، الوقف في الفقه الإسلامي، الحلقة الدراسية لتثمير ممتلكات الأوقاف، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع لبنك التنمية الإسلامي، جدة، ١٩٨٤، الطبعة الأولى، ١٩٨٩، ص١٢١.

وعلة عدم حصر وظائف الناظر أو سلطاته أو صلاحياته هي أن الحصر غير ممكن من الناحية العلمية[٥١]، ولذا يجوز القياس على الأمثلة التي ضربها الفقهاء وفقاً للضابط العام في تحقيق مصلحة الوقف.

**ثانياً**: بناء على فكرة مصلحة الوقف، نرى جواز التصالح في عقود الوقف التي لا تمس أصل الوقف ولا أعيانه، وقد ذهب فقهاء المذهب المالكي – وهو المذهب المعمول به رسمياً في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الكويت ومنها الوقف – إلى أن الناظر "يجوز أن يفعل في الحبس الوقف ما فيه مصلحة مما يغلب على الظن حتى كاد يقطع به أنه لو كان المحبس (الواقف) حياً لفعله واستحسنه" وفقاً لتعبير العبدوسي في المعيار[٥٢]، "من ولي ولاية الخلافة فيما دونها إلا طلب منفعة أو درء مفسدة"[٥٣]، ولما كان النظر على الوقف نوع من أنواع الولاية دون الخلافة فإن الناظر مطلوب منه أن يحقق مصلحة الوقف.

**ثالثاً**: ونضيف إلى ما سبق أن مذهب الإمام مالك يجيز الصلح في مال اليتيم إذا كان ذلك أولى وأنفع له وعدمه يؤدي إلى إنقاص مال اليتيم[٥٤]، وهذا التصالح في مال اليتيم أشد خطراً من التصالح في المال الموقوف، فإذا أجيز في الأولى ينبغي إجازته في الثانية.

---

(٥١) محمد زيد الأبياني، كتاب مباحث الوقف، مطبعة علي سكر أحمد، القاهرة، الطبعة الثانية ١٩١٢، ص٦٣.

(٥٢) أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى.

(٥٣) أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني، مرجع سابق، ص٣٥٩.

(٥٤) عبد السلام الرفعي، الولاية على المالية في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي – دراسة ومقارنة، إفريقيا الشرق، الدار البيضاء، ١٩٩٦، ص٣٣٦، أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني، مرجع سابق، ص٣٨٤، حيث يذكر ما ورد في شرح أبي علي بن رحال: "ومعلوم أن النظر في الإحباس كالنظر في أموال اليتامى، بل أشد، لعدم من يتحلل منه ولو بعد حين".

**رابعاً**: وتجدر الإشارة إلى أن التصالح في عقود الوقف التي لا تمس أصله أو أعيانه ما هو في حقيقته إلا نوع من أنواع الوفاء بالديون المقررة على الوقف، فالوفاء لا يتم من الأموال الموقوفة وإنما من ريعها، معلوم بالضرورة أن الوفاء بديون الوقف هو أحد أهم واجبات الناظر، كما نص على ذلك فقهاء المالكية(٥٥).

**خامساً**: إذا كان لناظر الوقف مخالفة شرط الواقف باستعماله في غير ما أعد له تأسيساً على فكرة المصلحة كما ذهب إلى ذلك الإمام الطرابلسي صاحب كتاب الإسعاف في أحكام الأوقاف بقوله:- "وليس له أن يبني في الأرض بالزراعة فإن كانت متصلة ببيوت وترغب الناس في استئجار بيوتها والغلة في البيوت فوق غلة الزراعة جاز له حينئذ لكون الاستغلال بهذا أنفع للفقراء"(٥٦)، نقول إذا جاز للناظر مخالفة شرط الواقف الذي هو كنص الشارع بتعديل استعمال العقار الموقوف لزيادة منفعة، فما المانع من إعطاء الناظر سلطة التصالح على ديون الوقف بما يحقق مصلحته ويجنبه الكثير من المصاريف الإدارية والقضائية، وهو قياس من باب أولى؛ إذ إن الواقف لم يحرم الناظر من سلطة التصالح.

**سادساً**: في جميع الأحوال فإن السماح للناظر بالتصالح في ديون الوقف لا يعني إطلاق هذا الحق للناظر وعدم مساءلته، فيظل مسؤولاً عن إبرام أي عقد صلح إذا لم يحقق مصلحة الوقف شأنه في ذلك شأن باقي التصرفات التي يساءل عنها الناظر باعتباره نائباً عن الوقف إذا قصر أو تعدى، فتنعقد مسؤولية الناظر إذا كان الصلح ضاراً بالوقف كما تنعقد مسؤوليته إذا أهمل في تحصيل الغلة أو عمارة الوقف أو تنفيع الغير على حساب الوقف، "والقاعدة أن ناظر الوقف أمين ولولايته على أموال الوقف حدود، فإذا لم يقصر في حفظ الأمانة، ولم يتعد عليها ولم يتجاوز في التصرف حدود ولايته لا يضمن ما يهلك في

---

(٥٥) د. عيسى زكي، مرجع سابق، ص٢١.

(٥٦) مرجع سابق، ص٦٢.

يده منها، وأما إذا قصر في الحفظ أو تعدى الأمانة أو تصرف تصرفاً غير مشروع ضمن ما يهلك في يده بسبب من هذه الأسباب"(٥٧).

**سابعاً:** يذهب ابن رشد – وهو أحد أئمة المذهب المالكي – إلى جواز النزول عن جزء من أجرة العين الموقوفة للاستئناف فيقول: "إنه يجوز أن يحط عن مكتري الأحباس لما يكون على سبيل الاستئناف"(٥٨)، والمتصور بذلك هو الحصول على دوام نفعها لأكثرته، وهذه أيضاً حجة يمكن أن يستند إليها لتعزيز حق الناظر في التصالح؛ إذ إن إبراء المدين عن جزء من الدين أشد أثراً من التصالح الذي يتضمن نزول كل طرف عن جزء من حقه.

**ثامناً:** ولكن قد يقول قائل إن القانون المدني يشترط وكالة خاصة بمناسبة عقد الصلح؛ حيث تقضي المادة ٧٠٢ منه بما يلي: "لابد من وكالة خاصة في كل تصرف ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص في التبرعات والبيع والصلح والرهن والإقرار والتحكيم وكذلك في توجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء"، فنقول إن هذا النص لا ينطبق على المسألة التي نحن بصدد دراستها لسببين أساسيين:

١ – أن المرجع في تحديد اختصاصات الناظر ليس نصوص حجية الوقف فقط وإنما ما تقرره أحكام الشريعة الإسلامية أيضاً.

٢ – أن النظارة على الوقف ليست من قبيل النيابة الاتفاقية كما هو الحال في عقود الوكالة أو العمل أو الشركة وإنما هو من قبيل النيابة القانونية أو القضائية؛ حيث إن نصوص القانون أو الأحكام القضائية هي التي تحدد سلطات الناظر كما هو الشأن بالنسبة للولي أو الوصي أو القيم أو الحارس القضائي.

---

(٥٧) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص٢٣٥.

(٥٨) أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني، مرجع سابق، ص٤٣٢.

٣ - أن التصالح في المسائل التي لا تمس أصل الوقف أو أعيانه هي من قبيل الوفاء بالديون المقررة على الوقف.

**تاسعاً:** إن حرمان الناظر من التصالح مطلقاً في عقود الوقف يعني بالضرورة شلل المال الموقوف وصعوبة إدارته وزيادة عدد القضايا أمام المحاكم بما يؤدي إلى زيادة المصاريف، فلو تصورنا مثلاً أن الوقف عمارة سكنية تتضمن عشرين شقة سكنية، فإنه من المتصور أن تكون هناك عشرات القضايا بشأن هذه العمارة السكنية لنزاعات مع بعض المستأجرين والحراس وشركات الصيانة وغيرها.

فهل من مصلحة الوقف حرمان الناظر من سلطة التصالح؟ ..

## الخلاصة:

إنه لا يوجد مانع قانوني أو شرعي من إبرام عقد الصلح من قبل ناظر الوقف في المسائل التي لا تمس أصل الوقف أو أعيانه؛ لأن أموال الوقف ليست أموالاً عامة وتخرج عن نطاق تطبيق المادتين ٣٣٧، ٣٣٨ من قانون الأحوال الشخصية، ولأن الناظر قد يحقق مصلحة الوقف بذلك، حيث يقول الشيخ أحمد إبراهيم بك: "وبالجملة يجوز للناظر أن يعمل بما شرطه الواقف في كتاب وقفه ما لم يخالف الشرع، وأن يعمل كل ما فيه من منفعة للوقف والمستحقين ولو لم يكن الواقف قد اشترطه"(٥٩).

(٥٩) المرجع السابق، ص٧٤.